Information Bulletin

Canada

No. 2
December, 1988

Advance Ruling Certificates

Director of Investigation and Research

Competition Act

Book Tarif rate des livres
K1A 0C9
Montreal Canada

Consumer and Corporate Affairs Canada

Consommation et Corporations Canada

This Information Bulletin discusses one aspect of the new merger provisions -- the Advance Ruling Certificate -- in the Competition Act.

This Bulletin is intended to give interested persons an introductory guide to these provisions and the approach being taken by the Director of Investigation and Research to the issuance of Advance Ruling Certificates. The Bulletin sets out some of the considerations the Director may take into account in the review of applications for certificates, discusses various matters related to their issuance and describes some case examples.

Copies of the Bulletin can be obtained from the offices of the Bureau of Competition Policy. Their addresses are listed at the end of the Bulletin.

The Bureau of Competition Policy is part of the Department of Consumer and Corporate Affairs Canada and is headed by the Director of Investigation and Research. The Director has responsibility for administering and enforcing the Competition Act, legislation which is designed to maintain and encourage competition in the nation's marketplace.

General information on the Competition Act may be obtained from the Bureau of Competition Policy, Consumer and Corporate Affairs Canada, Ottawa, Ontario, K1A 0C9, telephone (819) 994-0798.

Calvin S. Goldman, Q.C.
Director of Investigation
and Research
Bureau of Competition Policy

102-05708/

ADVANCE RULING CERTIFICATES AND MERGER REVIEW UNDER THE COMPETITION ACT

An Advance Ruling Certificate may be issued by the Director of Investigation and Research to a party or parties to a proposed merger transaction to assure them that the transaction will not give rise to proceedings under the merger provisions of the Competition Act if the merger proceeds as proposed.

Under the Act, a merger is defined as a direct or indirect acquisition or establishment, by one or more persons, of control over or significant interest in the whole or a part of the business of a competitor, supplier, customer or other person. The methods of achieving this control or significant interest include the purchase or lease of shares or assets, amalgamation or combination (section 63).

Under section 64 of the Competition Act, the Director may apply to the Competition Tribunal for an order in respect of a merger or proposed merger that prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially. If the Tribunal finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially, it may, in the case of a completed merger, issue an order to dissolve the merger, or to dispose of assets or shares; and, for a proposed merger, issue an order not to proceed with the merger or with a part of the merger. The Tribunal may also issue other orders, including those made on consent, designed to ensure that the merger is not likely to prevent or lessen competition substantially.

Advance Ruling Certificates

Subsection 74(1) of the Act states:

> Where the Director is satisfied by a party or parties to a proposed transaction that he would not have sufficient grounds on which to apply to the Tribunal under section 64, he may issue a certificate to the effect that he is so satisfied.

The advance ruling mechanism provides assurance that there will be no application by the Director under section 64 if the merger proceeds as proposed. An Advance Ruling Certificate cannot be issued for a transaction that has been completed.

Section 75 of the Act states:

> Where the Director issues a certificate under section 74, he shall not, if the transaction to which the certificate relates is substantially completed within one year after the certificate is issued, apply to the Tribunal under section 64 in respect of the transaction solely on the basis of information that is the same or substantially the same as the information on the basis of which the certificate was issued.

However, should additional information that would have altered the basis for issuing a certificate subsequently come to the attention of the Director, he has the discretion to apply to the Tribunal for an order. This underlines

the importance of complete disclosure by the parties when the certificate is requested.

Should the transaction for which an Advance Ruling Certificate has been issued not be substantially completed within one year, the certificate expires, making it necessary to file a new application.

A transaction for which the Director has issued a certificate and for which the certificate is effective is exempt from Part VIII of the Act, which deals with notifiable transactions (paragraph 85(b)).

Advisory Opinions

While Advance Ruling Certificates for proposed mergers are expressly provided for in the Competition Act, Advisory Opinions on proposed mergers are available under the Director's Program of Compliance.

Through Advisory Opinions, the Director endeavours to assist business people who wish to avoid conflict with the provisions of the Competition Act. He will examine matters submitted to him and indicate whether or not implementation of the proposed plans or agreements would cause him to commence an inquiry. Business people are not bound by the opinion given by the Director and are free to adopt plans or agreements they are prepared to have tested before the Competition Tribunal or the courts. Similarly, the Director cannot bind himself or his successors by the opinion. Moreover, should the details of the plan as implemented differ from the plan initially presented to the Director, or should a change of conditions arise which would alter the impact of the proposed plan on the market, the matter could be subject to further examination.

When to expect an Advance Ruling Certificate and when to expect an Advisory Opinion

An Advance Ruling Certificate may be issued by the Director when he is satisfied that he would not have sufficient grounds for applying to the Tribunal under section 64 of the Act in respect of a proposed merger. An Advance Ruling Certificate will only be issued where the competitive effect of the merger is sufficiently certain so as to satisfy the Director under section 74. The issuance of a certificate is a discretionary matter to be decided by the Director in accordance with the provisions of the Act. This discretion is carefully exercised since only the Director can make an application to the Tribunal on a merger matter and, once a certificate has been issued, the Director is prevented from applying to the Tribunal on the basis of the same or substantially the same information on which the certificate was issued.

An Advance Ruling Certificate may be issued without terms or undertakings, after terms or undertakings, for example, divestiture, have been fulfilled, or contingent on the fulfillment of particular terms or undertakings prior to closing the

proposed transaction. This is consistent with the Director's policy of encouraging voluntary compliance with the Act. Failure to comply with such terms or undertakings may provide the Director with sufficient grounds to exercise his discretion to bring an application to the Tribunal.

In some cases the Director may decide to allow the merger to proceed and monitor the effect of the merger as proposed rather than issue a certificate. This could occur where:

- o undertakings would only be implemented after the transaction is closed,
- o the potential anticompetitive effect of the merger is not sufficiently certain, or
- o the parties involved requested that the Director not make marketplace inquiries to assess the competitive impact of the proposal.

In many such instances an Advisory Opinion could be given. By providing an Advisory Opinion, the Director can give some degree of comfort to parties where the issuance of an Advance Ruling Certificate would be inappropriate. Such an opinion would outline the Director's position and concerns regarding the proposed transaction, and would indicate whether the Director intended to monitor the merger, or certain aspects thereof, during the three-year limitation period.

Matters the Director takes into consideration in issuing a certificate

Any examination of competition issues involves a determination of the relevant market, since an issue will only arise when competition in a particular market is adversely affected within the meaning of section 64 of the Act. The notion of market includes both a product and a geographic dimension.

A merger may raise issues in more than one market. A merger between competitors may require an assessment in the market in which they compete and in the markets of their suppliers and their customers. Similarly, the acquisition of a supplier or a customer may require assessment of the competitive impact in the acquiring firm's market(s) and in the market(s) of the firm being acquired. Accordingly, the examination must identify and evaluate the competitiveness of the suppliers and customers as well as the competitors.

The matters to be considered in assessing whether a proposed transaction qualifies for a certificate include those factors listed in section 65 of the Competition Act. These include: the effectiveness of foreign competition; whether one of the parties is a failing business; the availability of acceptable substitutes; the level of barriers to entry; the extent of effective competition

remaining after the merger; whether the merger involves the removal of a vigorous and effective competitor; the extent of change and innovation in the market and any other factor relevant to competition that would be affected by the merger. These factors are not exhaustive and the Director will consider them together with any other factors that are relevant to a proper assessment of the competitive implications of the transaction.

Concentration or market share is also an important consideration. However, subsection 64(2) makes it clear that it must not be the sole basis for concluding that competition is prevented or lessened substantially by a particular transaction. Similarly, low market shares or concentration levels will not necessarily be the sole basis for the issuance of an Advance Ruling Certificate.

The advantages of applying for a certificate

An application for an Advance Ruling Certificate offers several advantages:

- It allows a party to a proposed transaction to substantially reduce or eliminate uncertainty over whether the merger would be subject to an application before the Competition Tribunal.

- If a certificate is issued, the transaction is exempt from the notifiable transactions provisions of Part VIII of the Competition Act (paragraph 85(b)).

- Given sufficient lead time the Director can identify and elaborate any competition concerns he may have. The parties involved then have the opportunity to provide additional information to allay the Director's concerns. Such discussions are advantageous prior to the period when the timing of the transaction becomes critical.

- An application may be particularly useful for parties who must obtain clearance for the transaction from more than one government agency or who are otherwise concerned with meeting other future constraints or contingencies relating to the merger.

The consequences of failing to apply

There is no statutory obligation on a party or parties to a proposed transaction to apply for an Advance Ruling Certificate. A certificate when issued simply confirms that the Director is satisfied that he would not have sufficient grounds to apply to the Tribunal under section 64 with respect to the proposed transaction.

Where the proposed transaction would not cause competition concerns within the meaning of section 64, failure to apply would not have any consequences. Alternatively, if the proposed transaction did raise competition questions, the application for a certificate could identify problem areas earlier than would otherwise be the case and would

provide a greater opportunity to address the Director's concerns.

Should there be competition problems, failure to request an Advance Ruling Certificate or to notify the Director of a proposed merger by some other means (if the transaction is not otherwise notifiable under Part VIII) may leave the transaction open to immediate challenge by the Director. The Director could seek an interim injunction prohibiting a proposed merger from being completed under section 72 prior to commencement of formal proceedings under section 64.

The type of information the Director requires from an applicant

The decision to issue a certificate will be based largely, but not necessarily only, on information received from the applicant. Thus, the applicant should be willing to supply the Director or his authorized representatives with information relevant to the proposed merger and its effect on competition.

Unlike the notifiable transaction provisions in Part VIII of the Act, the Act does not list the information required by the Director on an application for an Advance Ruling Certificate. However, to expedite the review, the application should focus on a description of the market in question, the matters listed in section 65 that are considered to be relevant, and on any efficiency gains likely to result from the transaction. The submission of relevant market share information and any related industry studies will also assist in the Director's review of the application. Any other factors that may be relevant to the Director's assessment should be highlighted. The prompt provision of complete and verifiable information will make it easier to obtain a decision from the Director. Accuracy is also important in view of the limits of the scope of protection provided by section 75 of the Act when a certificate is issued.

Confidentiality of the information provided to the Director by the applicant

Paragraph 27(1)(d) of the Competition Act prohibits the Director or his authorized representatives from communicating to another person the information obtained from an applicant for a certificate, except to a Canadian law enforcement agency or for the purposes of administering or enforcing the Act. This prohibition does not apply to information that has already been made public (subsection 27(2)). When a proposed merger is not yet public, the identity of an applicant for an Advance Ruling Certificate will not be made public by the Director. Once the matter becomes public, the Director may indicate that a party has sought and been granted an Advance Ruling Certificate.

In the context of an examination of an Advance Ruling Certificate application, the Director, in order to make his assessment, is permitted by the Act to make such limited disclosure as is necessary to substantiate the infor-

mation provided to him. Where parties request, with respect to non-public mergers, that the Director not make any marketplace inquiries as part of his merger assessment, the Director will respect such a request for confidentiality during the certificate review process. However, such a request may seriously restrict the ability of the Director to assess fully the competitive implications of the merger. This may mean that an Advance Ruling Certificate cannot be issued because the standard under section 74 of the Act cannot be evaluated. For public mergers the Director will normally seek the views of third parties in the market(s) involved.

While the Director will respect requests for confidentiality in the certificate review process, the information received may be disclosed for the purposes of the administration or enforcement of the Act. Where, for example, information provided in an Advance Ruling Certificate application contains evidence of criminal conduct or discloses grounds for an application to the Competition Tribunal, the information provided may be disclosed for enforcement purposes.

Treatment of foreign-owned businesses

Foreign-owned and Canadian-owned businesses are equally subject to the merger provisions of the Competition Act. There is no discrimination in the merger review process between foreign-owned and Canadian-owned businesses. A transaction allowed to proceed under the Investment Canada Act is not, as a consequence, excluded from the application of the provisions of the Competition Act.

Time taken to obtain an Advance Ruling Certificate

The Director is obliged to respond to a request for an Advance Ruling Certificate as expeditiously as possible. It is the Director's policy to make every effort to meet reasonable commercial time periods for completion of the transaction. Therefore, any such constraints should be brought to the Director's attention at the time of the application.

As a practical matter, the time taken to assess a proposed merger will depend on the nature, quality and quantity of the information provided, the complexity and size of the transaction, the availability of market information and the speed and willingness of the party or parties to address any concerns of the Director. Ordinarily, in cases where no significant competition issue arises, the process can be completed within a relatively short time period.

Examples of requests for Advance Ruling Certificates

The following examples are included for illustrative purposes:

- o Upstream Sector of the Oil and Gas Industry

  The Director has issued a number of Advance Ruling Certificates in regard to acquisitions in the

exploration and development sector of the petroleum industry. Because of the nature of the industry, these transactions involve large sums of money and are invariably subject to notification under Part VIII of the Act. Whether the acquisition involves the purchase of shares or assets, the underlying value of the transaction generally reflects the value of the oil and gas reserves. Although the transaction value of oil and gas mergers is relatively high, in the overall context of the petroleum industry it is often small, frequently in the 1 percent to 2 percent range in terms of total industry reserves and production.

The Director has considered the following factors, among others, in granting these Advance Ruling Certificates:

- the effects of deregulation and falling energy prices, which have affected firms in the industry;
- the constraining influence of international market forces on Canadian oil prices and supplies;
- the countervailing power of crude oil refiners, pipeline companies and gas distributors who purchase crude oil and natural gas;
- the small post-merger market share in the context of the industry as a whole. There are over 100 oil and gas producers and the market share of each of the largest firms is in the order of 15 percent.
- the "failing firm" factor which has been present in some cases.

o Financial Markets

Transactions in this industry, while generally large in absolute terms, have been relatively small in the context of the industry as a whole. Since the relaxation of ownership and entry restrictions governing the securities sector, many transactions in this industry have been product extension mergers. Similarly, some mergers of smaller, sometimes failing, competitors have occurred in the liberalized environment. In view of the generally procompetitive nature of these transactions, a number of mergers involving financial markets have proceeded following the granting of an Advance Ruling Certificate. Among the factors considered were: the present lower barriers to entry into this industry; the competitive influence of foreign competition; the extensive availability of acceptable substitutes; the low market shares typically involved; the high degree of effective competition remaining; and, the nature and extent of change and innovation in this industry.

o Construction Products

Two firms engaged in the manufacture and supply of a particular category of construction products and services requested an Advance Ruling Certificate. The basis of their submission was that: there would remain a high degree of effective

remaining competition after the merger; entry barriers into the market were low; there was significant import competition; the combined post-merger market share would be approximately 30 percent to 35 percent, and, although they operated in the same general product market, their spheres of strength were different; i.e., one manufactured specialized products, the other off-the-shelf products. After examining these matters and determining that there were little or no implications for downstream and upstream industry participants, and others, the Director issued the Advance Ruling Certificate as he was satisfied competition would not be adversely affected within the meaning of section 64.

o Natural Resources Sector

Two large integrated natural resource companies, both of whom produced and supplied a number of intermediate products, requested an Advance Ruling Certificate. The only competition concern arose in one narrow product and geographic market. The Director's examination of that market revealed that: post-merger effective remaining competition would have been unclear; barriers to entry appeared to be high; geographic expansion by U.S. potential competitors remained uncertain; no satisfactory substitutes existed; and a duopoly would have been created, with the merged parties accounting for approximately 50 percent of production capacity in the relevant market. For these reasons, the Director decided not to issue an Advance Ruling Certificate and indicated his intention to monitor the post-merger industry for the three-year period provided in the legislation.

o Food Processing

A firm in the food processing sector requested an Advance Ruling Certificate for its proposed purchase of one of its largest competitors. The market in question was characterized by a small number of oligopolists and the acquirer who had a small share of the market. Because the insignificant market share increase resulting from combination of the two firms would not have altered the relative position of the oligopolists in the market, and considering that there would be substantial effective remaining competition in this homogeneous product market, the Director granted this request.

o Energy Sector

The Director declined to grant an Advance Ruling Certificate involving an acquisition in the energy sector on the grounds that: the post-merger market share was extremely high; remaining competition was very limited; it was unclear whether one recent entrant could become an effective competitor; it was unclear whether potential competition from the U.S. would ever materialize; and, significant uncertainty existed

with respect to the extent to which regulation would affect the competitive environment. In view of these considerations, the Director provided an Advisory Opinion outlining his position that, while he was not at that time prepared to bring an application before the Tribunal pursuant to section 64 of the Act, he would not issue an Advance Ruling Certificate.

In another merger proposal, the Director's review of the limited information provided indicated that the transaction would result in high market shares and virtual monopolies in certain local markets. Given that the parties wished to maintain the confidentiality of their proposed merger, the Director took the position that he could not issue an Advance Ruling Certificate nor could he provide a favourable Advisory Opinion on the basis of the available information. He advised the parties that if interviews with potentially affected customers and other parties resulted in information that alleviated his initial concerns, he would be prepared to at least reconsider the request for a favourable Advisory Opinion. The parties declined to remove their confidentiality constraint and eventually abandoned the transaction.

Experience with the Advance Ruling Certificate

Since the passage of the Competition Act in June 1986 until the end of October 1988, 88 requests for Advance Ruling Certificates have been received. During this period 82 of these assessments have been completed. Sixty-one Advance Ruling Certificates were issued and 12 Advisory Opinions were issued in lieu of certificates. For the remainder, either the proposed transaction was abandoned following application for an Advance Ruling Certificate or the parties were advised that the transaction would raise serious competition concerns and they decided not to pursue the matter.

The Advance Ruling Certificate process is being used extensively. During the same period in which 61 certificates were issued, 39 Advisory Opinions were provided.

Applying for an Advance Ruling Certificate

Since an Advance Ruling Certificate is available only for proposed transactions, the application should be made as soon as is reasonably practicable. This enables the parties to respond to the Director's concerns or questions so that he may have sufficient time to assess the application prior to the completion of the transaction. The application can be made either before, together with, or after any formal filing under Part VIII of the Act for mergers that are subject to notification. In this regard, the issuance of an Advance Ruling Certificate provides an exemption from the notifiable transactions provisions of Part VIII of the Competition Act. Advance Ruling Certificates are also available for

transactions that are below the Part VIII thresholds. The Director is under a legal obligation to consider requests as expeditiously as possible, and with the full assistance of the parties, he will be able to do so.

To apply for an Advance Ruling Certificate, write to the Director of Investigation and Research, Bureau of Competition Policy, Consumer and Corporate Affairs Canada, Ottawa, Ontario, K1A 0C9.

Parties can also telephone the Mergers Branch of the Bureau of Competition Policy at (819) 953-7092 to arrange a meeting to discuss their application. In either case, written material supporting the application should be provided as discussed in this Information Bulletin.

Bulletin d'information

Numéro 2
Decembre 1988

Canad'

Certificat de décision préalable

Directeur des enquêtes et recherches

Loi sur la concurrence

Book Tarif rate des livres
K1A 0C9
Montreal Canada

Consommation et Corporations Canada
Consumer and Corporate Affairs Canada

Le présent bulletin porte sur un aspect des nouvelles dispositions sur les fusionnements figurant dans la Loi sur la concurrence, soit le certificat de décision préalable.

Le Bulletin donne aux intéressés une idée générale de ces dispositions et de la position du Directeur des enquêtes et recherches concernant les certificats de décision préalable. De plus, il explique certaines des conditions les plus importantes dont le Directeur peut tenir compte dans l'examen des demandes de certificat, traite de certaines questions concernant leur délivrance et donne quelques exemples.

On peut obtenir gratuitement des exemplaires du Bulletin en s'adressant au Bureau de la politique de concurrence. La liste des adresses figure à la fin du présent numéro.

Le Bureau de la politique de concurrence fait partie du ministère de la Consommation et des Corporations, et il est placé sous la direction du Directeur des enquêtes et recherches qui est responsable de l'application de la Loi sur la concurrence. Cette Loi vise à maintenir et à favoriser la concurrence sur le marché canadien.

On peut obtenir des renseignements d'ordre général concernant la Loi sur la concurrence en s'adressant au Bureau de la politique de concurrence, Consommation et Corporations Canada, Ottawa (Ontario) K1A 0C9, ou en composant le (819) 994-0798.

Calvin S. Goldman, c.r.
Directeur des enquêtes
et recherches
Bureau de la politique de concurrence

LES CERTIFICATS DE DÉCISION PRÉALABLE ET L'EXAMEN DES FUSIONNEMENTS EN VERTU DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE

Un certificat de décision préalable peut être délivré par le Directeur des enquêtes et recherches à une ou à plusieurs parties à une transaction de fusionnement proposée qui souhaitent être assurées que la transaction ne donnera pas lieu à des procédures en vertu des dispositions sur les fusionnements qui figurent dans la Loi sur la concurrence.

Aux termes de la Loi, un fusionnement est défini comme l'acquisition ou l'établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise d'un concurrent, d'un fournisseur, d'un client ou d'une autre personne, ou encore d'un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise. Les façons d'établir ce contrôle ou d'acquérir un intérêt relativement important incluent l'achat ou la location d'actions ou d'éléments d'actifs, la fusion ou l'association d'intérêts (article 63).

Aux termes de l'article 64 de la Loi sur la concurrence, le Directeur peut demander au Tribunal de la concurrence de rendre une ordonnance à l'égard d'un fusionnement réalisé ou proposé qui empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou qui aura vraisemblablement cet effet. Si le Tribunal juge qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou qu'il aura vraisemblablement cet effet, il peut dans le cas d'un fusionnement réalisé, rendre une ordonnance exigeant la dissolution du fusionnement ou le dessaisissement d'éléments d'actifs et d'actions, et dans le cas d'un fusionnement proposé, rendre une ordonnance de ne pas procéder au fusionnement ou à une partie de ce fusionnement. Le Tribunal peut aussi rendre d'autres ordonnances, y compris les ordonnances par consentement, conçues pour faire en sorte que le fusionnement n'empêche ni ne diminue sensiblement la concurrence.

Certificats de décision préalable

Le paragraphe 74(1) de la Loi s'énonce comme suit :

> Lorsqu'une ou plusieurs parties à une transaction proposée convainquent le Directeur qu'il n'aura pas de motifs suffisants pour faire une demande au Tribunal en vertu de l'article 64, le Directeur peut délivrer un certificat attestant cette conviction.

Le mécanisme de décision préalable constitue un moyen d'être sûr qu'il n'y aura pas de demande présentée par le Directeur aux termes de l'article 64 si le fusionnement se réalisait tel que proposé. Un certificat de décision préalable ne peut être délivré pour une transaction qui a déjà été réalisée.

L'article 75 de la Loi se lit comme suit :

> Après la délivrance du certificat visé à l'article 74, le Directeur ne peut pas, si la transaction à laquelle se rapporte le certificat est en substance complétée dans

l'année suivant la délivrance du certificat, faire une demande au Tribunal en application de l'article 64 à l'égard de la transaction lorsque la demande est exclusivement fondée sur les mêmes ou en substance les mêmes renseignements que ceux qui ont justifié la délivrance du certificat.

Toutefois, si des renseignements complémentaires qui pourraient avoir eu une incidence sur la décision du Directeur sont portés à son attention par la suite, celui-ci peut à sa discrétion demander au Tribunal de rendre une ordonnance. Ce fait souligne l'importance pour les parties de divulguer tous les renseignements lorsqu'elles présentent une demande de certificat.

Si la transaction pour laquelle un certificat de décision préalable a été délivré n'a pas été réalisée en substance avant l'expiration de la période prescrite d'un an, le certificat n'est plus valide et il est nécessaire de présenter une nouvelle demande.

Une transaction, pour laquelle le Directeur a délivré un certificat qui est toujours en vigueur, n'est pas soumise à l'application de la Partie VIII de la Loi portant sur les transactions devant faire l'objet d'un avis (alinéa 85b)).

Avis consultatifs

Même si les certificats de décision préalable concernant des fusionnements proposés sont expressément prévus par la Loi sur la concurrence, il est possible d'obtenir des avis consultatifs sur les fusionnements proposés en vertu du Programme de conformité du Directeur.

Par le moyen d'avis consultatifs, le Directeur cherche à aider les parties qui désirent éviter tout conflit en ce qui concerne les dispositions de la Loi sur la concurrence. Le Directeur examine les questions dont il est saisi et détermine si la mise en oeuvre des plans ou ententes proposés justifierait l'ouverture d'une enquête. Les parties ne sont pas liées par l'opinion donnée par le Directeur et sont libres de réaliser ces plans ou ces ententes au risque d'être soumis au Tribunal de la concurrence ou à une cour judiciaire. De même, le Directeur ou ses successeurs ne peuvent être liés par l'opinion donnée. En outre, si les détails du plan mis en oeuvre diffèrent du plan présenté au Directeur à l'origine ou si des changements pouvant modifier l'incidence du plan proposé sur le marché se produisent, il se peut que l'affaire requiert un nouvel examen.

Quand demander un certificat de décision préalable et quand demander un avis consultatif

Un certificat de décision préalable peut être délivré par le Directeur lorsqu'il est convaincu qu'il n'aurait pas de motifs suffisants pour recourir au Tribunal aux termes de l'article 64 de la Loi à l'égard d'un fusionnement proposé. Un certificat de décision préalable peut être délivré seulement lorsque le fusionnement aura des effets

suffisamment certains sur la concurrence pour convaincre le Directeur comme le prévoit l'article 74. La délivrance d'un certificat est une question que le Directeur doit trancher conformément aux dispositions de la Loi.

Le Directeur pèse judicieusement sa décision d'émettre un certificat de décision préalable. En vertu des pouvoirs discrétionnaires qui lui sont confiés, le Directeur est le seul à pouvoir présenter une demande au Tribunal de la concurrence mais une fois le certificat délivré, il lui est impossible de s'adresser au Tribunal pour les mêmes motifs, ou sensiblement les mêmes motifs que ceux sur lesquels il avait fondé la délivrance du certificat.

Un certificat de décision préalable peut être délivré sans condition ou engagement, après que certaines conditions ou engagements, par exemple un dessaisissement, ont été remplis ou sous réserve de certaines conditions ou engagements particuliers à remplir avant que la transaction proposée ne soit réalisée. Cela cadre avec la politique du Directeur, qui consiste à encourager la conformité volontaire à la Loi. Le non-respect de ces conditions ou de ces engagements peut donner au Directeur des motifs suffisants pour exercer son pouvoir discrétionnaire de présenter une demande au Tribunal.

Dans certains cas, le Directeur peut permettre la réalisation du fusionnement tel que proposé et en surveiller l'effet au lieu de délivrer un certificat. Cela pourrait se produire lorsque :

- les engagements ne seraient mis en oeuvre qu'après la conclusion de la transaction;
- l'effet anticoncurrentiel éventuel du fusionnement n'est pas assez certain; ou
- les parties ont demandé que le Directeur ne fasse pas d'enquêtes sur le marché pour évaluer l'incidence concurrentielle de la proposition.

Dans beaucoup de cas semblables, un avis consultatif pourrait être donné. En donnant un avis consultatif, le Directeur peut rassurer les parties dans une certaine mesure lorsque la délivrance d'un certificat de décision préalable n'est pas indiquée. Un avis de ce genre résumerait la position et les préoccupations du Directeur concernant la transaction proposée et indiquerait si le Directeur a l'intention de suivre le fusionnement ou certains de ses aspects pendant la période prescrite de trois ans.

Questions dont le Directeur tient compte lors de la délivrance d'un certificat

Dans tout examen de questions de concurrence, il faut cerner le marché pertinent, car une proposition ne fera problème que si la concurrence sur un marché particulier est affectée au sens de l'article 64 de la Loi. L'analyse du marché consiste à définir le produit

et à examiner la dimension géographique du marché.

Un fusionnement peut faire problème sur plus d'un marché. Un fusionnement entre concurrents peut nécessiter une évaluation sur le marché où ils se font concurrence et sur les marchés de leurs fournisseurs et de leurs clients. De même, l'acquisition d'un fournisseur ou d'un client peut exiger l'évaluation de l'incidence concurrentielle sur le(s) marché(s) de la société absorbante et sur le(s) marché(s) de la société absorbée. Dès lors, l'examen doit déterminer et évaluer la compétitivité des fournisseurs et des clients ainsi que des concurrents.

Les questions à prendre en compte lorsque l'on établit si une transaction proposée est admissible à un certificat comprend les facteurs énumérés à l'article 65 de la Loi sur la concurrence, à savoir : l'efficacité de la concurrence étrangère, la déconfiture d'une des parties, la disponibilité de substituts acceptables, les entraves à l'accès à un marché, la mesure dans laquelle il y a encore concurrence réelle après le fusionnement, la possibilité que le fusionnement entraîne la disparition d'un concurrent dynamique et efficace, la portée des changements et des innovations sur le marché et tout autre facteur pertinent à la concurrence sur un marché qui serait touché par le fusionnement. Ces facteurs ne forment pas une liste exhaustive et le Directeur les examine conjointement avec tout autre facteur qui est pertinent à une évaluation appropriée de l'incidence concurrentielle de la transaction.

La concentration ou la part du marché constituent également des points importants à considérer. Toutefois, le paragraphe 64(2) dit clairement qu'ils ne doivent pas constituer les seules raisons pour conclure qu'une transaction donnée empêche ou diminue sensiblement la concurrence. De même, de faibles parts du marché ou de bas niveaux de concentration ne constituent pas nécessairement les seuls motifs pour délivrer un certificat de décision préalable.

Les avantages de la demande de certificat

La demande de certificat de décision préalable offre plusieurs avantages :

- Elle permet à une partie à une transaction proposée de réduire considérablement ou d'éliminer l'incertitude quant à savoir si le fusionnement ferait l'objet d'une demande au Tribunal de la concurrence.

- Si un certificat est délivré, la transaction est exemptée des dispositions "transactions devant faire l'objet d'un avis" de la Partie VIII de la Loi sur la concurrence (alinéa 85b)).

- S'il dispose d'un délai suffisant, le Directeur peut indiquer et préciser toute préoccupation qu'il peut avoir en matière de concurrence. Les parties ont alors la possibilité de fournir des renseignements supplémentaires pour atténuer les préoccupations du Directeur. Ces discussions

devraient préférablement avoir lieu avant que le moment de la transaction ne devienne critique.

- Une demande peut être particulièrement utile pour les parties qui doivent obtenir l'autorisation de la transaction auprès de plus d'un organisme gouvernemental ou qui, par ailleurs, sont préoccupées par l'éventualité de contraintes ou d'exigences additionnelles relatives au fusionnement.

Les conséquences du fait de ne pas présenter de demande

La présentation d'une demande de certificat de décision préalable n'est pas légalement obligatoire pour les parties à une transaction proposée. Un certificat délivré ne fait que confirmer que le Directeur est convaincu qu'il n'aurait pas de motifs suffisants pour présenter une demande au Tribunal en vertu de l'article 64 à l'égard de la transaction proposée.

Si la transaction proposée ne soulevait pas de préoccupations en matière de concurrence au sens de l'article 64, le fait de ne pas présenter de demande n'aurait aucune conséquence. Par contre, si la transaction soulevait des questions de concurrence, la demande de certificat pourrait permettre de déceler les problèmes plus tôt que ce ne serait le cas autrement et donnerait l'occasion de répondre aux préoccupations du Directeur.

Si des problèmes de concurrence se présentent, le fait de ne pas demander de certificat de décision préalable ou de ne pas aviser le Directeur d'un fusionnement proposé par un autre moyen (si la transaction n'a pas à faire l'objet d'un préavis à un autre titre en vertu de la Partie VIII), risque de donner lieu à une contestation immédiate par le Directeur. Avant de commencer des procédures officielles aux termes de l'article 64, le Directeur pourrait demander, en vertu de l'article 72, une injonction provisoire interdisant qu'un fusionnement proposé soit réalisé.

Genre de renseignements que le demandeur doit fournir au Directeur

La décision de délivrer un certificat est fondée dans une large mesure, mais non entièrement, sur les renseignements reçus du demandeur. Ainsi, le demandeur doit être disposé à fournir au Directeur ou à ses représentants autorisés les renseignements qui se rapportent au fusionnement proposé et à ses effets sur la concurrence.

Contrairement aux dispositions sur le préavis prévues à la Partie VIII, la Loi ne prévoit aucune liste de renseignements à fournir au Directeur concernant une demande de certificat de décision préalable. Toutefois, pour accélérer l'examen, la demande doit porter sur une description du marché visé, sur les questions énumérées à l'article 65 qui sont considérées comme pertinentes et sur les gains en efficience qui pourraient résulter de la transaction. La présentation de renseignements sur les parts de marché et toute étude connexe sur le secteur

aident également le Directeur à examiner la demande. Tout autre facteur qui peut être utile pour l'évaluation du Directeur doit être souligné. En fournissant au plus tôt des renseignements complets et vérifiables, il est plus facile pour le Directeur de prendre une décision. L'exactitude est également importante à cause des limites de la protection prévue à l'article 75 de la Loi une fois le certificat délivré.

La confidentialité des renseignements que le demandeur fournit au Directeur

L'alinéa 27(1)d) de la Loi sur la concurrence interdit au Directeur ou à ses représentants autorisés de communiquer à une autre personne les renseignements obtenus d'un demandeur de certificat, sauf à un organisme canadien chargé de l'application de la Loi ou aux fins de l'application ou du contrôle d'application de la présente Loi. Cette interdiction ne s'applique pas aux renseignements déjà devenus publics (paragraphe 27(2)). Lorsqu'un fusionnement proposé n'est pas encore devenu public, le Directeur ne divulgue pas l'identité du demandeur de certificat de décision préalable. Une fois que la transaction devient publique, le Directeur peut indiquer qu'une partie a demandé et reçu un certificat de décision préalable.

Dans le contexte de l'examen d'une demande de certificat de décision préalable, le Directeur est autorisé par la Loi à faire, aux fins de son évaluation, les divulgations limitées nécessaires pour corroborer les renseignements qui lui sont fournis. Lorsque des parties demandent, à l'égard des fusionnements non publics, que le Directeur n'effectue pas d'enquêtes sur le marché dans le cadre de son évaluation du fusionnement, le Directeur respecte cette demande de confidentialité dans le processus d'examen du certificat. Toutefois, une demande de ce genre peut restreindre fortement l'aptitude du Directeur à évaluer complètement les incidences concurrentielles du fusionnement. Il peut en résulter qu'un certificat de décision préalable ne peut être délivré parce que la norme prévue à l'article 74 de la Loi ne peut être évaluée. Pour les fusionnements publics, le Directeur demande normalement les opinions de tiers sur le(s) marché(s) visé(s).

Certes, le Directeur respecte les demandes de confidentialité dans le processus d'examen du certificat, mais les renseignements reçus peuvent être divulgués aux fins de l'application ou du contrôle d'application de la Loi. Ainsi, lorsque les renseignements fournis dans une demande de certificat de décision préalable contiennent des preuves de conduite criminelle ou dévoilent des motifs pour présenter une demande au Tribunal de la concurrence, les renseignements fournis peuvent être révélés à des fins d'application de la Loi.

Traitement des entreprises à propriété étrangère

Les entreprises à propriété étrangère et les entreprises à propriété canadienne sont assujetties de la même

façon aux dispositions sur les fusionnements de la Loi sur la concurrence. Il n'y a pas de différence dans le processus d'examen des fusionnements, qu'ils impliquent des entreprises à propriété étrangère ou non. Une transaction qui est autorisée en vertu de la Loi sur Investissement Canada n'échappe cependant pas à la Loi sur la concurrence.

Temps nécessaire pour obtenir un certificat de décision préalable

Le Directeur est tenu de répondre avec toute la diligence possible à une demande de certificat de décision préalable. Le Directeur a pour politique de ne ménager aucun effort pour respecter les délais raisonnables fixés pour le parachèvement des transactions. Par conséquent, toute contrainte de cet ordre devrait être portée à son attention au moment où la demande lui est présentée.

Dans la pratique, le temps consacré à l'évaluation d'un projet de fusionnement dépendra de la nature, de la qualité et de la quantité des renseignements communiqués, de la complexité et de l'envergure de la transaction, de la disponibilité des renseignements sur le marché en cause et de la volonté des parties de répondre rapidement aux préoccupations du Directeur. En temps normal, lorsqu'aucun problème important ne se pose dans le domaine de la concurrence, le processus peut se dérouler dans un temps relativement court.

Exemples de demandes de certificat de décision préalable

Les cas suivants sont donnés à titre d'exemple :

o <u>Secteur en amont de l'industrie gazière et pétrolière</u>

Le Directeur a délivré un certain nombre de certificats de décision préalable à l'égard d'acquisitions dans le secteur de l'exploration et de l'exploitation pétrolières. De par la nature de l'industrie, ces transactions comportent des sommes d'argent considérables et doivent immanquablement faire l'objet d'un avis en vertu de la Partie VIII de l'achat d'actions ou d'éléments d'actifs, en règle générale la valeur de la transaction reflète fondamentalement celle des réserves pétrolières et gazières en cause. Quoique la valeur des transactions dans ce secteur soit relativement élevée, vue par rapport à l'ensemble de l'industrie pétrolière, elle est souvent petite, fréquemment de l'ordre de 1 ou 2 pour cent du total des réserves et de la production de l'industrie.

Dans la délivrance de ces certificats de décision préalable, le Directeur a examiné, entre autres, les facteurs suivants :

- les effets de la déréglementation et de la chute des prix de l'énergie, qui se sont répercutés sur des entreprises de l'industrie;

- la contrainte qu'exercent les forces du marché international sur le prix et l'offre du pétrole canadien;

- le pouvoir compensatoire des raffineurs de brut, des sociétés pipelinières et des distributeurs de gaz qui achètent le pétrole brut et le gaz naturel;

- la faible part du marché que détiendra l'entreprise fusionnée relativement à l'ensemble de l'industrie; il y a en effet plus d'une centaine de producteurs de pétrole et de gaz et la part du marché des plus importants est de l'ordre de 15 pour cent;

- le facteur de l'"entreprise en déconfiture", qui a joué dans certains cas.

o Les marchés financiers

Dans cette industrie, les transactions, bien qu'ordinairement considérables en chiffres absolus, ont été relativement petites par rapport à l'ensemble de l'industrie. Depuis l'assouplissement des restrictions visant la propriété et l'implantation dans le secteur des valeurs mobilières, les fusionnements ayant pour but d'élargir la gamme des produits offerts ont constitué bon nombre des transactions dans cette industrie. Pareillement, certains fusionnements de petits concurrents, quelques fois en déconfiture, ont eu lieu sur ces marchés libéralisés.

Compte tenu de la nature généralement proconcurrentielle de ces transactions, un certain nombre de fusionnements sur les marchés financiers ont eu lieu à la suite de la délivrance de certificats de décision préalable. Les facteurs suivants sont entrés en ligne de compte : les barrières actuellement peu contraignantes à l'implantation d'un nouveau concurrent, l'influence stimulatrice de la concurrence étrangère, la grande disponibilité de produits de remplacement, les faibles parts du marché ordinairement en cause, le degré élevé de concurrence réelle qui subsistera après le fusionnement et la nature et l'ampleur du changement et de l'innovation dans l'industrie.

o Les matériaux de construction

Deux entreprises de fabrication et de fourniture d'une catégorie précise de matériaux et de services de construction ont demandé un certificat de décision préalable. Cette demande faisait valoir qu'il subsisterait un degré élevé de concurrence réelle après le fusionnement, que les barrières à l'implantation sur le marché étaient faibles, que la concurrence des importations était forte, que la part du marché de l'entreprise fusionnée serait de l'ordre de 30 à 35 pour cent et que les deux entreprises, bien qu'actives sur le même marché général de produits, avaient une orientation qui leur était propre, l'une se spécialisant dans les articles fabriqués sur

commande, l'autre, dans les produits prêt-à-utiliser. Après avoir examiné ces points et déterminé que le fusionnement aurait peu d'effets sur les entreprises en amont et en aval, ou sur d'autres personnes, le Directeur, convaincu que le fusionnement n'aurait pas d'effets néfastes sur la concurrence au sens où l'entend l'article 64, a délivré le certificat de décision préalable.

o Le secteur des ressources naturelles

Deux grandes entreprises intégrées du secteur des ressources naturelles, toutes deux producteurs et fournisseurs d'un certain nombre de produits intermédiaires, ont demandé un certificat de décision préalable. Ce n'est qu'en rapport avec un produit précis et sur un marché géographique restreint qu'un problème s'est posé en matière de concurrence. Il est ressorti de l'étude de ce marché effectuée par le Directeur que le degré de concurrence réelle qui subsisterait après le fusionnement était incertain, que les barrières à l'implantation paraissaient importantes, que l'expansion géographique d'éventuels concurrents américains demeurait incertaine, qu'aucun produit de remplacement satisfaisant n'existait et qu'il y aurait une situation de duopole, l'entreprise fusionnée devant détenir environ 50 pour cent de la capacité de production sur le marché concerné. C'est pourquoi le Directeur a décidé de ne pas délivrer un certificat de décision préalable et a fait part de son intention d'exercer une surveillance de l'industrie à la suite du fusionnement pendant trois ans, durée prévue par la Loi.

o Fabrication de produits alimentaires

Une entreprise du secteur de la fabrication de produits alimentaires a demandé un certificat de décision préalable relativement à son projet d'acheter l'un de ses plus importants concurrents. Le marché en question était oligopolistique, et l'acquéreur en détenait une petite part. Étant donné que l'augmentation négligeable de la part du marché découlant de la fusion des deux entreprises n'aurait pas modifié la position relative des entreprises oligopolistiques sur le marché et qu'il subsisterait une concurrence importante sur ce marché homogène de produit, le Directeur a accueilli la demande.

o Le secteur de l'énergie

Le Directeur n'a pas donné suite à une demande de certificat de décision préalable à l'égard d'une acquisition dans le secteur de l'énergie. Le Directeur estimait que la part du marché de l'entreprise fusionnée serait extrêmement élevée, que la concurrence qui subsisterait serait limitée, qu'il n'était pas sûr que l'un des

nouveaux venus sur le marché deviendrait un concurrent efficace, qu'il n'était pas évident que la concurrence d'entreprises américaines se concrétiserait et qu'il existait beaucoup d'incertitude quant à l'ampleur des effets qu'aurait la réglementation sur la concurrence. Compte tenu de ces facteurs, le Directeur a communiqué un avis consultatif expliquant que, tout en ne se sentant pas pour le moment justifié de saisir le Tribunal en application de l'article 64 de la Loi, il n'était pas disposé à délivrer un certificat de décision préalable.

Dans un autre projet de fusionnement, le Directeur, après avoir examiné les renseignements sommaires qui lui avaient été communiqués, a jugé que la transaction entraînerait une concentration élevée et un monopole virtuel sur certains marchés locaux. Comme les parties souhaitaient que leur projet de fusionnement demeure confidentiel, le Directeur leur a fait savoir qu'il ne pouvait délivrer un certificat de décision préalable ni donner un avis consultatif favorable en se basant sur les renseignements dont il disposait. Il a informé les parties qu'il serait disposé à examiner de nouveau la demande d'un avis consultatif favorable si les entrevues avec les clients éventuellement touchés et d'autres personnes lui apportaient des renseignements propres à atténuer ses inquiétudes initiales. Les parties ont tenu à garder le caractère confidentiel de leur projet et ont fini par renoncer à la transaction.

Expérience du processus de décision préalable

Depuis l'adoption de la Loi sur la concurrence en juin 1986, jusqu'à la fin d'octobre 1988, 88 demandes de certificat de décision préalable ont été reçues, dont 82 ont été traitées. Soixante et un certificats de décision préalable ont été délivrés et 12 avis consultatifs ont été donnés au lieu de certificats. Quant aux autres demandes, soit que la transaction ait été abandonnée après la demande du certificat, soit que les parties aient été informées que la transaction poserait des problèmes sur le plan de la concurrence et elles y ont donc renoncé.

Le processus de décision préalable est très utilisé. Au cours de la période pendant laquelle 61 certificats ont été délivrés, 39 avis consultatifs ont été donnés.

Demande d'un certificat de décision préalable

Étant donné que le certificat de décision préalable ne vise que les transactions proposées, il faut donc en faire la demande le plus tôt possible pour permettre aux parties de donner suite à toute préoccupation ou question du Directeur et pour donner à ce dernier le temps d'évaluer la demande avant que ne soit conclue la

transaction. La demande peut être présentée avant, au même moment ou après le dépôt d'un avis dans le cas des fusionnements assujettis à la Partie VIII de la Loi. La délivrance d'un certificat de décision préalable exempte de l'obligation de déposer un avis prévue à la Partie VIII. Il est également possible d'obtenir un certificat de décision préalable dans le cas de transactions qui impliquent des sommes inférieures aux seuils prévus à la Partie VIII de la Loi. Le Directeur est légalement tenu d'examiner les demandes le plus rapidement possible, et l'entière collaboration des parties lui permettra de s'acquitter de cette obligation.

Pour faire une demande de certificat de décision préalable, veuillez écrire au Directeur des enquêtes et recherches, Bureau de la politique de concurrence, Consommation et Corporations Canada, Ottawa (Ontario) K1A 0C9.

Les parties peuvent également communiquer avec la Direction des fusionnements, Bureau de la politique de concurrence en composant le (819) 953-7092 et fixer un rendez-vous en vue de discuter de leur demande. Dans un cas comme dans l'autre, il faut fournir à l'appui de la demande les documents écrits dont fait état le présent Bulletin.